



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal

Curso 2016/2017

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Nombre de la estudiante: Inmaculada González Várez

Tutor: Nicolás Rodríguez García

Junio 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

PRINCIPLE OF OPPORTUNITY AND MEDIATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Nombre de la estudiante: Inmaculada González Várez

e-mail de la estudiante: u127491@usal.es

Tutor: Nicolás Rodríguez García

RESUMEN (15 líneas)

Hoy en día, debido a la congestión e incapacidad de la justicia tradicional para dar respuestas rápidas a los problemas judiciales, nos encontramos ante una “crisis del sistema judicial”, y para dar solución a este problema, ha proliferado un tipo de justicia diferente al actual, la Justicia Restaurativa, y con ella su principal herramienta, la mediación.

En mi opinión, todo esto ha surgido más que como algo casual, como algo que realmente se necesitaba, adaptándose al modo de resolución de conflictos de la actualidad.

Observaremos las limitaciones de este tipo de justicia, así como la prohibición expresa del legislador de la utilización de este mecanismo para casos de violencia de género, aunque si bien es cierto, que algunos autores están a favor de la utilización de la mediación para este tipo de delitos.

A través de este trabajo abordaremos todas estas cuestiones que se plantean, y la posibilidad de una complementación al sistema judicial actual, así como todos los aspectos que crean controversia con respecto a este modo de resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa, mediación penal, víctima, victimario, principio de oportunidad.

ABSTRACT

Nowadays, due to the congestion and inability of traditional justice to respond quickly to judicial problems, we are dealing with a "crisis of the judicial system". To solve this problem, a different type of justice has proliferated, which is Restorative Justice, and its main tool, mediation.

In my opinion, all this has emerged rather than as something casual, as something that was really needed, so it could be adapt the way conflicts are solved nowadays.

We will observe the limitations of this type of justice, as well as the express prohibition of the use of this mechanism for cases of gender violence by the legislator, although it is true that some authors are more open to the use of mediation for this type of crimes.

Through this work we will address all these issues that arise, and the possibility of complementing the current judicial system, as well as all the issues that create controversy regarding this mode of conflict resolution.

KEYWORDS: Restorative justice, criminal mediation, victim, victimizer, principle of opportunity

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA	7
2.1 Diferencias entre la Justicia Restaurativa y el sistema tradicional de Justicia.	8
2.2 Principales críticas al modelo de Justicia Restaurativa.....	10
2.3 Modelos de Justicia Restaurativa.	11
2.4 La Justicia Restaurativa y el Derecho Penal.	11
3. ¿QUE ES LA MEDIACIÓN?	13
3.1 Características de la mediación.	14
3.2 Principios rectores de la Mediación.....	15
4. CLASES DE MEDIACIÓN PENAL.	18
4.1 La mediación penal atendiendo al tipo de negociación.	18
4.2 La mediación penal atendiendo al momento procesal en que se desarrolla.	20
5. PROCEDIMIENTO O FASES DE LA MEDIACIÓN.	23
6. LA MEDIACIÓN PENAL Y OTROS TIPOS DE MEDIACIÓN.	24
7. AMBITO SUBJETIVO DE LA MEDIACIÓN. SUJETOS DE LA MEDIACIÓN.....	25
7.1 La figura del mediador.....	26
7.2 Características del mediador.	26
8. ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN. INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.	27
8.1 Posturas a favor de la aplicación de la mediación penal en casos de Violencia de Género.	30
8.2 Posturas en contra de la aplicación de la mediación penal en casos de Violencia de Género.	32
9. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	33
9.1 La mediación penal en el ámbito de los menores.	33
9.2 La mediación penal en el ámbito de la justicia para adultos.	35
10. MEDIACION Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	37
11. CONCLUSIONES	39
12. BIBLIOGRAFÍA	40

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CP: Código Penal.

LO: Ley Orgánica.

LOMPIVG: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

TOA: Täter-Opfer-Ausgleich.

VOM: Victim ofender mediation.

1. INTRODUCCIÓN.

Aunque los conflictos se han dado desde el principio de la humanidad, a lo largo de la historia ha cambiado la manera de resolverlos y regularlos.

En los últimos años está ganando enteros la figura de la Justicia Restaurativa, y con ella su principal herramienta, la mediación, creándose un debate que intentaremos abordar en el trabajo. No obstante, este cambio no está exento de crítica, ya que algunos autores conciben este tipo de justicia como una “justicia blanda y peligrosa”. Bajo mi punto de vista, este tipo de justicia puede tener sus limitaciones en algunos campos o ámbitos que trataremos, pero es totalmente compatible con la justicia tradicional, y la complementa en muchos ámbitos, generando un sistema de justicia más eficaz.

Realizaremos un repaso sobre el concepto de mediación, a través de los diferentes puntos de vista de los autores más influyentes en este campo. Analizaremos también las diversas características de la mediación y sus tipos, los principios que la rigen, las clases de mediación, y sus diferentes fases.

Otro punto importante sería el análisis de los sujetos que toman parte en la misma, y dentro de estos, la importancia y las características de la figura del mediador.

Por otro lado, se explican también algunos de los límites a la aplicación de la mediación, junto con las posturas a favor y en contra de diferentes autores.

También haremos una comparativa entre la Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva, y veremos cómo pueden llegar a ser la una complementaria de la otra, y no necesariamente sustitutivas.

Finalmente, se hace una breve referencia dentro de los diferentes mecanismos de resolución de conflictos, al principio de oportunidad.

En definitiva, lo que quiero expresar con este trabajo es no solo la descripción de la mediación y la existencia de una Justicia Restaurativa, sino reivindicar la necesidad de que esta exista, ya que es positiva no sólo para la ciudadanía, sino también para descargar el sistema judicial, y llegar a dar respuesta de manera voluntaria a determinadas situaciones cotidianas.

2. MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

Antes de explicar con mayor detalle que es la mediación, es necesario exponer otros conceptos relacionados.

Debemos tener en cuenta el concepto de conflicto, y definirlo como *“aquella situación en la que se encuentran, por lo menos, dos partes, que tienen soluciones diferentes a un problema emergente que les afecta directa o indirectamente, diferencia de visión que es percibida negativamente por las mismas”*¹.

Los conflictos han existido desde siempre, y al igual que estos, también han existido siempre diferentes mecanismos de resolución o regulación de los mismos.

La mediación es uno de esos mecanismos de regulación de conflictos, y es la principal herramienta de la Justicia Restaurativa. Se trata de una práctica en la que interviene un tercero neutral ajeno al conflicto.

Para dar una primera definición de mediación podríamos utilizar la siguiente: *“una institución vigente desde siempre, en tanto se refiere a una forma de afrontar y regular conflictos, entre personas o grupos”*². Se trata pues, de un proceso al que acuden los participantes, infractor y víctima, de manera voluntaria, para alcanzar una solución a un conflicto existente entre ambos.

En los últimos años ha cobrado mucha importancia la figura de la Justicia Restaurativa³, y con ella también la figura de la mediación. Debemos aclarar antes de nada que la Justicia Restaurativa no es un nuevo modelo de justicia, sino que se trata de una justicia que ha existido siempre, pero que fue desapareciendo con la formación y organización de los Estados.

Hoy en día los juzgados y tribunales se encuentran saturados, y la insatisfacción de la población por la ineficacia del actual sistema de justicia, obliga a buscar nuevas formas o métodos de administrar justicia⁴, los cuales permitan responder de una manera más eficaz a las necesidades de la sociedad.

¹ PALOU I LOVERDOS, J. La mediación como sistema de resolución de alternativa de conflictos. Una nueva visión del conflicto. 1^{er} Congreso de mediación comunitaria, El Prat de Llobregat (Barcelona), 2000, texto manuscrito en GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 23

² COBB, S. *La mediación como una forma especial de negociación frente al conflicto: aspectos sistémicos y cibernéticos*, 2001

³ También denominada justicia positiva, reparadora o comunitaria.

⁴ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 31

Volviendo al concepto de Justicia Restaurativa, entendemos por la misma aquel sistema mediante el cual las partes involucradas en un delito participan de manera activa en el proceso del mismo, con la intención de encontrar una solución a sus problemas.

Se trataría pues, de un sistema en contraposición con el sistema de Justicia Retributiva, siendo este un modelo basado en el conjunto de valores que defienden la práctica judicial de castigo que rige en las sociedades occidentales⁵.

La Justicia Restaurativa tiene su origen en unos movimientos político-criminales que tuvieron lugar en Ontario (Canadá) en 1974, en los cuales aconteció el primer programa de conciliación entre víctima e infractor denominado VOM (*Victim ofender mediation*), que después se divulgó a Estados Unidos y Europa.

Como es expuesto y defendido por diferentes autores, podemos afirmar que la interacción entre la víctima y el infractor supone una restauración de los daños tanto morales, como materiales⁶.

2.1 Diferencias entre la Justicia Restaurativa y el sistema tradicional de Justicia.

En primer lugar, cabe destacar que, el concepto de delito⁷ es distinto en ambos sistemas de justicia. En el sistema de Justicia Retributiva, se trataría de una infracción de una norma penal del Estado, mientras que para el sistema de Justicia Restaurativa, un delito es un conflicto entre diferentes personas, a las cuales, el mismo perjudica.

En segundo lugar, podríamos decir que la Justicia Retributiva se centra en el culpable o infractor, mientras que la Justicia Restaurativa se centra en el papel de la víctima⁸.

En tercer lugar, debemos hacer mención a la existencia de un diálogo entre las partes⁹, el cual aporta grandes beneficios en principio a la víctima, la cual tiene la oportunidad de expresar al infractor sus sentimientos de miedo, dolor, angustia, etc. y contribuir de este modo a superar la conmoción que ha supuesto el delito para esa persona. Por otro lado, la existencia de un diálogo es beneficiosa también para el victimario o infractor, ya que al estar en contacto con la víctima hace que sea más consciente del daño que ha causado y que se responsabilice en mayor medida por ello.

⁵ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p.42

⁶ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...*, op., cit., p.40

⁷ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 54

⁸ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación...*, op., cit., p.54

⁹ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 61

Es destacable también, la participación de las partes involucradas en el proceso, las cuales son guiadas por el mediador, el cual tiene la labor de ayudarlas a encontrar una solución al conflicto¹⁰.

Por último, no podemos olvidar, los acuerdos reparadores¹¹ los cuales buscan la reparación y satisfacción de la víctima y la reintegración del infractor. Las medidas impuestas deben de ser aceptadas por el infractor, razón por la cual el cumplimiento de los acuerdos suele ser elevado y el nivel de reincidencia muy escaso.

La Justicia Retributiva tiende más a centrarse en el pasado, en el hecho delictivo que se cometió, mientras que la Justicia Restaurativa se centra mayoritariamente en el futuro, en la reparación del daño que ha ocasionado el hecho delictivo¹².

Por tanto, como hemos venido diciendo hasta el momento, la Justicia Restaurativa, junto con su principal herramienta, la mediación, permiten a las partes participar de manera activa en la adopción de un acuerdo, siendo estas quienes se comprometen de manera voluntaria y responsabilizada a acudir a estos mecanismos para adoptar una solución a un determinado conflicto.

Podríamos resumir todo lo dicho anteriormente haciendo mención a una frase de DOMINGO DE LA FUENTE que dice lo siguiente: *“La diferencia fundamental radica en el efecto psicológico que se quiera conseguir en el infractor: Con el sistema tradicional, si te comportas mal serás castigado, en cambio, con la Justicia Restaurativa, si te comportas mal, deberás reparar el daño que has hecho”*¹³

Son bastantes las ventajas o beneficios de la Justicia Restaurativa. Se trata de un mecanismo que fomenta la no reincidencia, incluso el grado de la misma es bastante escaso, bien sea por la carga moral, o por llevar a cabo un comportamiento conforme a Derecho¹⁴.

Lo más idóneo sería relacionar ambos modelos, es decir, el de Justicia Restaurativa y el de la Justicia Tradicional o formal, y para lograr esto ambas disciplinas deberán ser complementarias una de la otra y no alternativas, y para ello sería necesario buscar vías de entendimiento que pasan por proceder por parte del Estado a un proceso de legalización y formalización de la mediación, para de este modo no dejarla fuera del

¹⁰ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 66

¹¹ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 68

¹² CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación...* op., cit., p. 55

¹³ DOMINGO DE LA FUENTE, V. *Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*. Bilbao, 2010, p. 15

¹⁴ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 149

Derecho¹⁵. Sería necesario incluir este mecanismo de resolución de conflictos en el propio sistema, ya que la mediación está resultando ser un mecanismo bastante eficaz para lograr el cumplimiento de los acuerdos adoptados en la misma, debido al grado de cooperación, colaboración y responsabilidad que en el mismo se genera¹⁶.

2.2 Principales críticas al modelo de Justicia Restaurativa.

Una de las críticas que está sufriendo esta disciplina es que se trata de una “*justicia blanda*”¹⁷, ya que la mediación se entiende como una herramienta que no condena de manera suficientemente seria o severa al infractor.

Otra de las críticas que suele hacerse de la Justicia Restaurativa y de la mediación es que *no son alternativas viables al castigo en el caso de los crímenes más graves o severos*.¹⁸

Otro argumento a tener en consideración, es el de aquellos que consideran que “*la mediación no está contemplada por los procesos penales y vulnera las garantías y la seguridad jurídica*”¹⁹. Se habla aquí de la vulneración a determinados derechos primordiales de las partes, como lo son, el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad y el de legalidad. Para todos aquellos defensores de esta idea, la figura del Estado es imprescindible para garantizar que el castigo sea conforme a estos principios.

Por otro lado y por último, para algunos autores se considera *un doble peligro la inclusión de una figura de un modelo de Justicia Restaurativa dentro del sistema de Justicia Retributiva*²⁰.

¹⁵ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 150

¹⁶ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit., p. 148

¹⁷ JOHNSTONE, G. *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, Routledge, Second Edition, Abigdon, Oxon 2011, p.29

¹⁸ LARRAURI, E. *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*, p.455. SAN MARTIN LARRINOVA, M.B. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico- criminológicos: del presente francés al futuro español*, p.61

¹⁹ GORDILLO SANTANA LUIS F. “Caminando hacia un nuevo concepto de Justicia” *La mediación penal*. Tesis doctoral 22 de septiembre de 2005, Universidad de La Rioja, pp. 332-392

²⁰ BOVINO, A. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, p. 630

2.3 Modelos de Justicia Restaurativa.

El primer modelo de Justicia Restaurativa serían las *Conferencias de Grupos Familiares o Grupos de Comunidad*, las cuales consisten en reuniones en las que participan no solo la víctima y el infractor, sino también todas aquellas personas que hayan sido directa o indirectamente afectadas por el delito, como pueden ser familiares, amigos o personas cercanas a ambas partes. De este modo se intenta entre todas las personas afectadas, reparar el daño atendiendo a las necesidades de todos los participantes.

Este tipo de conferencias son utilizadas principalmente en casos de infractores jóvenes, aunque también son utilizadas pero en menor medida en casos con adultos.

El segundo modelo de Justicia Restaurativa, sería los *Círculos de Discusión*, también denominados “*Tratados de paz o Círculos de sentencia*”. En este segundo modelo de Justicia Restaurativa intervienen como en el caso anterior, tanto la víctima como el infractor, y también puede intervenir cualquier persona que esté interesada en el caso, como pueden ser: personal de justicia, policía, servicios sociales, etc. En estos círculos de discusión, entre todas las partes participantes diseñan una estrategia para hacer posible la reparación del daño y la prevención de futuros delitos. Estos círculos son utilizados sobre todo en el Norte de América²¹.

El tercer y último modelo sería la *Mediación víctima- ofensor*, en la cual nos centraremos de ahora en adelante, y que consiste en el encuentro entre la víctima y el infractor, con la presencia de un profesional, el mediador, para tratar de conseguir, mediante el diálogo, un acuerdo de reparación del daño a la víctima.

Este modelo de resolución de conflictos es voluntario, y suele emplearse sobre todo en el Norte de América y Europa.

2.4 La Justicia Restaurativa y el Derecho Penal.

El Estado es el principal exponente del poder sancionador, y el Derecho Penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas más indeseadas e insoportables socialmente²². Podríamos decir que su función es doble; por un lado, tiene una función aseguradora, ya que protege bienes jurídicos fundamentales, y por otro lado, tiene también una función de defensa social.

²¹ MERINO ORTIZ, C. *Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo*, Eguzkilore, Nº 12, 1998, p. 285-301

²² BERDUGO, I. “Curso de Derecho Penal, Parte General, Experiencia”, Diciembre 2004, p.1

En el Derecho Penal clásico, basado en una Justicia tradicional y retributiva, se ve con gran temor la aplicación de una figura como la mediación penal, ya que existe cierta desconfianza de que el hecho de otorgar protagonismo a la víctima en un proceso penal pueda suponer una aplicación desmesurada de la venganza. Aunque esto es algo que no podría darse, puesto que hay determinadas principios que bajo ninguna circunstancia podrían vulnerarse.

En la Justicia Retributiva existe un hecho dañoso el cual debe llevar aparejado un castigo, que deberá ser proporcional.

Por el contrario, la Justicia Restaurativa es un tipo de justicia que repara a la víctima en todo caso, independientemente de que el infractor haya sido o no detenido, es decir, independientemente de que el caso haya llegado o no al sistema judicial. Se trata de una obligación social de protección a la víctima. Se busca siempre y en todo caso buscar una solución que atienda a las necesidades reales de la víctima, el victimario y la comunidad o sociedad en su conjunto.

Hoy en día, como es evidente, nos encontramos en un momento en el que el actual sistema de justicia es ineficaz, ya que no responde de manera plena a las peticiones y/o necesidades de la ciudadanía. Ante tal problema, deberíamos apostar por un cambio en la justicia, optar por un sistema de Justicia Restaurativa, un sistema de participación activa de las partes, sin esquivar en ningún momento el respeto a las garantías constitucionales y penales existentes en el Estado de Derecho.

Una vez planteado y explicado en términos generales el concepto de Justicia Restaurativa y su herramienta principal, la mediación, en los siguientes apartados trataremos de explicar de una forma más concreta y detallada dicho instrumento de resolución de conflictos.

3. ¿QUE ES LA MEDIACIÓN?

Tal como pone de manifiesto GORDILLO SANTANA, no existe una definición estricta del concepto de mediación, sino que existen diversas teorías y corrientes de pensamiento en torno a la misma.

Por el contrario, si existe consenso en cuanto a los elementos esenciales de la mediación, y diremos lo siguiente: *“la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto”*²³.

Por otra parte, según el autor JOHN M. HAYNES *“la mediación como proceso busca, con la ayuda de un tercero, facilitar a los participantes en el conflicto su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto”*²⁴

Otra posible definición de mediación es la que da PATRICIA ESQUINAS, la cual la define como *“un proceso no contencioso (en principio), informal, voluntario y basado en la confianza entre las partes, a través del cual los participantes tratan de resolver su conflicto de modo autónomo, con la ayuda de un tercero neutral que conoce las condiciones fácticas y jurídicas de los hechos pero que carece de capacidad para decidir”*²⁵.

Por otro lado, MARÍA TARDÓN define la mediación penal como *“un mecanismo de participación voluntaria del imputado y la víctima del delito o falta cometidos, en un proceso de dialogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de ambas partes, que situaría el énfasis en los derechos de las víctimas en una concepción del proceso penal que se ha dado en llamar la justicia reparadora o restauradora, desde la cual, ésta no sería sino una alternativa al propio proceso”*²⁶.

²³ BUSTELO ELICABE-URRIOL, D. citado por GORDILLO SANTANA LUIS F, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Iustel, Madrid, 200, p. 182

²⁴ HAYNES, J. *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia, Madrid, 1995, p.11

²⁵ ESQUINAS VALVERDE, P. *La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España*, Revista penal nº18. Editorial Praxis, Barcelona, 2006, p.57

²⁶ TARDÓN OLMOS, M. *El estatuto jurídico de la víctima*, Revista Cuadernos de Pensamiento político nº19, Editorial Fundación para el análisis y los estudios sociales (FAES), 2008, p.24

En el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal, celebrado en Burgos los días 4 y 5 de Marzo de 2010, se definió la Mediación Penal como “*un proceso de diálogo y comunicación gratuito y voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial con el objeto de llegar a acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes*”²⁷.

En cuanto al fin de la mediación, no es que una de las partes gane y la otra pierda, sino lo que se persigue es que ambas partes, tanto víctima como victimario, ganen. Todo esto se hará con la ayuda de una persona ajena al conflicto, el mediador, el cual servirá de ayuda a las partes para que pueda darse una comunicación satisfactoria entre ellas y de este modo encontrar una posible solución al conflicto.

3.1 Características de la mediación.

Las características de la mediación son varias, y entre las más importantes podemos destacar las siguientes:

- *Existencia de un conflicto.* Aunque las partes puedan no estar de acuerdo en cuanto a la interpretación del conflicto, si han de estar de acuerdo sobre la existencia del mismo.
- *Presencia de personas que son parte en el conflicto.* La mediación puede darse entre dos o más personas, incluso puede darse también entre grupos, personas jurídicas e instituciones.
- *Presencia de un tercero ajeno al conflicto que no toma decisiones, pero facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto.* La figura del mediador ayudar a orientar a las partes, y a que sea posible la comunicación entre las mismas.
- *Es recíproca.* Las soluciones que se toman han de ser adoptadas por ambas partes, lo cual conlleva a que el grado de cumplimiento de los acuerdos sea mayor.
- *Es confidencial.* La confidencialidad es una característica básica y esencial de la mediación. Los documentos aportados, las conversaciones entre las partes y los hechos ocurridos, son conservados bajo una confidencialidad absoluta²⁸.
- *Voluntariedad.* Es necesario que las partes acudan a la figura del mediador de manera voluntaria. El uso de la mediación no puede ser impuesto u obligatorio, si así fuera, la mediación perdería toda su esencia y razón de ser.

²⁷ Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas. Servicios de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos, 2010, p.13

²⁸ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...*, op., cit., p. 197

Es necesario también que en todo momento las partes puedan decidir si continuar o no en este proceso. En el momento final de la mediación también es necesario que la solución a la que se llegue sea voluntad de las partes. Para que esta voluntariedad sea efectiva es necesario informar a las partes de la posibilidad que tienen de someter el proceso a mediación, del procedimiento a seguirse y de las consecuencias del mismo.

- *Procedimiento informal y flexible.* Existe un claro antiformalismo en la relación entre el mediador y las partes, víctima e infractor, así como en el proceso mismo.
- *Igualdad.* Es necesario asegurar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades.
- *Inmediación.* Debe de existir una determinada vinculación entre el mediador y las partes del conflicto. Las actuaciones deben de llevarse a cabo con la presencia del mediador.
- *Gratuidad:* que el proceso sea gratuito para ambas partes, y dado el carácter público del Derecho Penal, que sea el Estado el que asuma los costes de la mediación.

3.2 Principios rectores de la Mediación.

Existen determinados principios que contribuyen al cumplimiento de los derechos constitucionales y de las garantías procesales de las partes en un proceso de mediación.

Según lo expuesto por TAMARIT SUMALLA, se considera que estos principios que rigen la mediación penal, responden perfectamente a las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto²⁹. Estos principios de los que hablamos son los siguientes:

- a) *Principio de voluntariedad de las partes.* Todo proceso de mediación debe de recoger como uno de sus principios fundamentales, el respeto a la voluntariedad de las partes, en primer lugar, para iniciar un proceso de mediación, y en segundo lugar, para llegar a un acuerdo por sí mismas. Siguiendo las directrices de ORDEÑANA GEZURAGA, la mediación penal solo puede tener como origen la libertad de las partes, es decir, su autonomía de la voluntad³⁰.

²⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M. *El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, Ars Iuris Salmanticensis, vol.1, junio 2013, 139-160 ISSN-e: 2340-515, p.143

³⁰ ORDEÑANA GEZURAGA, I. *Mediación Penal: una alternativa que funciona*, en XVII Congreso de estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible, Vitoria-Gasteiz, 2012, p.1945

Según BARONA VILAR³¹, este principio es si cabe el más importante de la mediación penal, ya que ninguna persona debe someterse ni permanecer en un proceso de mediación si no quiere. Para que esto se pueda dar, es necesario que las partes estén perfectamente informadas acerca de la mediación y sus consecuencias. Es por ello, que se exige en los procedimientos de mediación que las partes firmen un documento en el que conste la voluntad de sometimiento a este procedimiento y el conocimiento de lo que la mediación supone para ambos³².

- b) *Principio de confidencialidad*. La información y diálogos obtenidos en las sesiones de mediación no deben transmitirse al juez, este solamente conocerá el documento final, el cuál se trata de un acta en el constan los acuerdos a los que se ha llegado. Con esta acta de confidencialidad se pretende que, una vez las partes estén informadas sobre el proceso de mediación y sus consecuencias, puedan en cualquier momento abandonar dicho proceso y dirigirse al proceso penal, sin que en ningún caso pueda tener valor incriminatorio lo expuesto en confidencialidad por las partes en mediación³³.

Consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, el mediador no podrá ser llamado al proceso ni como perito, ni como testigo, debido al secreto profesional.

La exigencia de confidencialidad cae tanto en las personas mediadas, como en el mediador, y en todas aquellas personas que de un modo u otro hayan tenido participación en el proceso de mediación.

- c) *Principio de proporcionalidad*. Los acuerdos adoptados por las partes deberán conseguirse de acuerdo con el principio de voluntariedad y deberán recoger acuerdos que sean razonables y proporcionados en sus obligaciones³⁴.
- d) *Principio de gratuidad*. El procedimiento de mediación deberá ser totalmente gratuito para las partes, debido al carácter público del derecho penal³⁵. Por lo que, los gastos que deriven del proceso de mediación deberán de ser asumidos por la Administración de Justicia.

³¹ BARONA VILAR, S. *Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial, en la Mediación*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo, vol.18- nº1, 2011, p. 208

³² BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.267

³³ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p.275

³⁴ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y...* op., cit, p. 360

³⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 276

El hecho de que esta institución sea gratuita es algo positivo, ya que puede servir para acercarse a la misma, y para que la sociedad adquiriera una mayor confianza en la misma.

Por otro lado, con la mediación penal el gasto será menor, ya que en caso de que las partes lleguen a un acuerdo y éste sea cumplido, se evita tener que recurrir a un proceso judicial.

- e) *Principio de oficialidad.* Resulta conveniente integrar el procedimiento de mediación en la Administración de Justicia, ya que de este modo este procedimiento adquiriría la legitimidad indispensable para su actuación y funcionamiento, el cual se vería favorecido por el apoyo del servicio público de Justicia³⁶.
- f) *Principio de flexibilidad.* Este principio debe estar presente tanto en los diálogos que lleven a cabo las partes de manera común, como en las entrevistas individuales que el mediador hará a cada una de las partes. Este principio lo que pretende es favorecer el respeto a la igualdad de las partes. La mediación hace posible que se genere entre las partes un clima más íntimo, informal y de mayor comodidad. Aunque, también es cierto, que de acuerdo con lo expuesto por BARONA VILAR³⁷, es necesario que se establezcan unas normas de actuación y de configuración del procedimiento de mediación, para así evitar que se produzca entre las partes un sentimiento de inseguridad, en cuanto al seguimiento y avance del proceso.
- g) *Principio de bilateralidad e igualdad.* En el procedimiento de mediación intervienen dos partes, las cuales se sitúan en una posición de igualdad; tienen las mismas oportunidades para expresarse y hacer valer sus derechos, existiendo siempre un ambiente de respeto y diálogo entre ellos. Es necesario que la mediación se lleve a cabo entre dos sujetos que mantienen posiciones diversas, y a los que se les debe dar la oportunidad de ser escuchados durante el procedimiento. Es por todo esto, que el mediador no puede llevar a cabo ninguna actuación que genere algún perjuicio para alguna de las partes, y tampoco posicionarse a favor de alguna de ellas.
- h) *Principio de neutralidad e imparcialidad.* El principio de neutralidad consiste en el hecho de que el mediador no puede sugerir, proponer o imponer soluciones. Su actuación debe limitarse a ayudar a las partes en conflicto para que lleguen a un acuerdo, sin ninguna intromisión por su parte.

³⁶ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. *El reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*, Diario la Ley, nº 6520, 6 de Julio de 2006, p.11

³⁷ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 282.

Tal y como expone PASCUAL RODRÍGUEZ, “*la actitud neutral del mediador le legitima y le dota de prestigio y crédito suficientes ante las partes para dirigir el proceso, intervenir en su despliegue para corregir las eventuales inestabilidades e inseguridades, supervisar su desarrollo, y realizar su tarea mediadora*”³⁸.

En cuanto al principio de imparcialidad, este exige que el mediador no pueda tener con las partes relación personal alguna, ni con anterioridad al proceso, ni durante el tiempo que dure el mismo.

4. CLASES DE MEDIACIÓN PENAL.

La Mediación no es un procedimiento preestablecido, sino que es necesario tener en cuenta la identidad y sentimientos de los sujetos intervinientes.

Debido a las diferentes experiencias llevadas a cabo en nuestro país, llegamos a la conclusión de que podemos clasificar los tipos de mediación atendiendo a dos criterios³⁹: el primero de ellos sería, el modo o manera de llevar a cabo la mediación; y el segundo, atendiendo al momento en que es posible que se produzca la mediación. No obstante, cabe decir que no es necesario optar por uno u otro modelo de mediación, siendo perfectamente posible comenzar con uno de ellos y posteriormente continuar con otro una vez conocido el resultado o los efectos de ese tipo o modelo de mediación.

4.1 La mediación penal atendiendo al tipo de negociación.

Se trata de una clasificación atendiendo a la manera o modo en el que se lleva a cabo la mediación, y dentro del mismo nos encontramos diferencias entre mediación directa y mediación indirecta.

En toda mediación interviene un mediador, que es la persona responsable de la negociación llevada a cabo por las partes, con el fin de llegar a un acuerdo ventajoso para todas las partes intervinientes.

³⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012., p. 180

³⁹ BARONA VILAR, S. “Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, p. 319

a) Mediación directa.

Este tipo de mediación, es aquella llevada a cabo por el mediador con las dos partes, encontrándose estas simultáneamente en el mismo espacio físico. Dicho de otro modo, es aquella mediación que se lleva a cabo a través de conversaciones directas o diálogos “*face- to- face*”, es decir, cara a cara, entre las partes.

No obstante, existen dentro de esta mediación momentos en los cuales el mediador trabaja conjuntamente con ambas partes, y otros momentos en los que el mediador trabaja de manera individualiza con cada una de ellas, y serán estas entrevistas personales con cada una de las partes, las que van a favorecer la preparación de las conversaciones cara a cara, y posibilitar el consentimiento de ambas para su realización. Es decir, resulta posible, incluso satisfactorio, la combinación de la mediación directa y la mediación indirecta.

No es necesario que en estos tipos de mediación intervengan solamente dos o tres personas en la posición de víctima o de infractor, sino que es posible que en una misma posición se encuentre una pluralidad de personas que se vean afectadas.

En cuanto a la eficacia de la mediación, podríamos considerar que la mediación directa es más eficaz a los efectos de alcanzar el acuerdo⁴⁰, ya que conlleva una mayor utilización del diálogo. Esta mayor eficacia es considerada de este modo por las partes mismas (víctima e infractor), las cuales se encuentran satisfechas con este mecanismo de resolución de conflictos y con sus resultados, ya que al llegar ambos a un acuerdo, tanto el grado de satisfacción, como el grado de cumplimiento impuesto a los infractores, son mayores.

b) Mediación indirecta.

Este tipo de mediación, es aquella llevada a cabo de manera sucesiva, no simultánea, entre el mediador y las partes. En este tipo de mediación no se produce el momento cara a cara entre víctima e infractor, sino que, es utilizada la técnica del “*non- face- to- face*”, no cara a cara.

Es difícil en este caso, al igual que en el anterior, que se de este tipo de mediación indirecta de manera pura, lo más común es que se combinen ambos tipos de mediación, es decir, que se den dentro del procedimiento de mediación tanto conversaciones directas entre las partes (mediación directa), como entrevistas

⁴⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 322

personales del mediador de manera individualizada con cada uno de ellas (mediación indirecta).

Este tipo de mediación en la cual ambas partes, víctima e infractor, no intervienen de manera simultánea, resulta más ventajosa en aquellos supuestos en los que existe una relación de afectividad, profesional, personal o de cualquier otro tipo entre ambas partes.

Una de las cuestiones que más problemas ha planteado en el ámbito de la mediación, es la posibilidad de utilizar la misma en casos de delitos de violencia doméstica, cosa que está prohibida de manera expresa en la ley, y tema sobre el cual haremos hincapié más adelante. Si bien es cierto, que se ha sugerido que podría ser útil la mediación indirecta en algunos casos de violencia de género, alcanzando algunos de los fines característicos de la mediación, como pueden ser: que el infractor reconozca los hechos, la necesidad de no reiteración... De ser posible en estos casos la utilización de mediación, la técnica de “*non- face- to- face*” sería la más adecuada, ya que reunir en mismo espacio a la víctima y el victimario puede generar en la primera sensación de pánico e inseguridad.

4.2 La mediación penal atendiendo al momento procesal en que se desarrolla.

En este caso se hace referencia al momento procesal en que se desarrolla la mediación, y atendiendo a este criterio podemos encontrarnos con: mediación preprocesal, mediación intraprocesal y mediación postsententiam.

a) Mediación penal preprocesal.

Debemos encontrarnos en este caso con que se haya producido un hecho que puede ser considerado delito, y debe existir también un presunto autor y una víctima. A partir de todos estos elementos, debe de haber sido puesto en conocimiento de la autoridad competente el problema, y debe de haber sido esta quien haya decidido someter el proceso a mediación.

Es perfectamente posible una mediación preprocesal, lo que habría que resolver es si esta modalidad podría considerarse una alternativa al proceso penal, y para poder afirmar esto es necesario excluir a los tribunales tanto del momento de persecución de los hechos, como del momento de imposición o establecimiento de las penas, lo cual supondría un ataque a la tutela judicial efectiva, y ante esto debemos afirmar

que no es posible la exclusión de la garantía jurisdiccional en la persecución de los delitos.

En todo caso existe integración judicial. Son varios los autores que han considerado que es imposible una mediación alternativa, no obstante, es perfectamente viable en nuestro ordenamiento jurídico, una mediación penal preprocesal en los supuestos de delitos en los que se requiere la instancia del ofendido, perjudicado o agraviado por el delito para su perseguibilidad (coacciones, injurias leves, lesiones por imprudencia, delitos contra la libertad sexual, abandono familiar...), en estos casos cabe pensar que es posible una mediación penal preprocesal, ya que no se vulneraría la tutela judicial efectiva, ya que precisamente en estos casos se establece imposición de que la persecución de los hechos delictivos solo pueda ser a instancia de parte, por lo que en este caso quedaría excluido el proceso penal porque las partes, quienes deciden sobre la persecución de los hechos, deciden acudir a la mediación y no al proceso penal⁴¹.

Es posible que la mediación finalice si se da un acuerdo en el que el autor pide perdón, reconoce la producción y existencia del daño, repara a la víctima y esta perdona. Pero, en caso de existir en el acuerdo de mediación una conducta que requiere de la fuerza pública, será necesaria la intervención judicial, y habría que acudir al proceso para precisar el grado de intervención judicial y eficacia de la misma.

b) Mediación penal procesal.

Es aquel tipo de mediación que está vinculada a la existencia de un proceso pendiente, y como tal, los resultados que se alcancen en el proceso de mediación van a incurrir en el mismo, siendo diferentes las consecuencias que se alcancen dependiendo de la fase procesal en la que se desarrolle y concluya la mediación. Este tipo de mediación es considerado un complemento perfecto de la vía jurisdiccional.

Esta modalidad de mediación está justificada sobre las bases del artículo 21.5 del Código Penal, que recoge las atenuantes y considera como una de las circunstancias atenuantes la *de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la*

⁴¹ GONZÁLEZ CANO, I. “La mediación penal en España”, dentro de la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 43

víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto de juicio oral.

Es importante dejar claro, que el acuerdo al que se llega mediante el proceso de mediación, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar “validado” por el órgano jurisdiccional, y las dos vías para alcanzar los efectos pretendidos son las siguientes:

- *Antes de que se inicie el juicio oral.* Se dictará auto de sobreseimiento, sin continuar con el proceso penal correspondiente, y habrá que recoger entre los motivos de sobreseimiento el hecho de haberse procedido a reparar por el presunto autor a la víctima o a la comunidad. El simple acuerdo adoptado en mediación no puede servir sin más de declaración absolutoria o condenatoria de una determinada persona, sino que es necesario que intervengan los órganos del Estado⁴².
- *Si se está ya en el juicio oral.* Antes de la fase intermedia, son diversas las opciones procesales que se pueden sugerir: podría el Fiscal en sus conclusiones, aplicar la atenuante específica de conciliación y reparación del daño o de disminución de sus efectos a la víctima, según lo expuesto en el artículo 21.5 CP, no siendo esto impedimento para que el juez pudiera considerar esta atenuante sin necesidad de que el Fiscal lo pidiera en sus escritos de calificaciones.

Cabe también la posibilidad de considerar que el acuerdo de mediación supone un reconocimiento de los hechos, y por tanto que podrían ser aplicados los efectos propios de este reconocimiento.

En último lugar, se podría considerar el sobreseimiento de la causa, dictando en primer lugar el sobreseimiento provisional, y una vez cumplidos los requisitos establecidos en el acuerdo de mediación, se podría proceder a dictar el sobreseimiento libre.

c) Mediación penal postsententiam.

Es posible hacer referencia a la mediación penal una vez terminado el proceso penal y dictado la sentencia. En estos casos se podría llevar a cabo la mediación antes del inicio de la ejecución de la pena, y una vez iniciado el cumplimiento de ejecución de la pena.

⁴² BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 332.

5. PROCEDIMIENTO O FASES DE LA MEDIACIÓN.

En el proceso de mediación existen diferentes procedimientos o fases que enumeraremos a continuación:

- *La premediación o preentrevista*, es el momento en el cual se informa a los mediados sobre el proceso y sus características esenciales.

En esta fase se explica a las partes en que consiste la mediación, se explica el proceso y la figura del mediador. También se expone a los mediados cuáles serán sus beneficios si acuden al proceso de mediación, tales como por ejemplo: que serán ellos mismo quienes llegaran a un acuerdo y no un tercero, que serán ellos mismos quienes elijan lo más conveniente para ambos, sin que sea necesario que una de las partes gane y la otra pierda.

El acuerdo al que lleguen las partes es necesario plasmarlo en un contrato y trasladarlo a un letrado que lo revise y valide jurídicamente.

Se debe informar a las partes también del carácter voluntario del proceso, y de que este puede ser abandonado en cualquier momento.

La mediación comienza cuando uno de los mediados acude al servicio de mediación, ya sea derivado desde otra institución o por iniciativa propia. En el caso de la mediación penal, lo más habitual es que las partes acudan a la mediación por recomendación del juez o fiscal.

Es recomendable que la entrevista se haga por separado a cada mediado para así evitar enfrentamientos antes de comenzar el proceso de mediación, pero también puede hacerse en grupo.

También es aconsejable que la persona que realiza la preentrevista sea distinta a la persona que realiza el proceso de mediación, de nuevo con el fin de evitar enfrentamientos y asegurar de este modo la neutralidad e imparcialidad del mediador.

- *Fase de legitimación*, entendiendo la mediación como proceso en el que se busca el respeto del otro a través siempre de la comunicación. Es necesario que desde el primer momento estén claras las diferencias entre las partes que dan lugar al conflicto, y aquí no se pretende dar una solución a ese problema, sino crear las condiciones idóneas para que en un futuro más o menos lejano puedan darse esas soluciones.
- *Búsqueda de información*: en este paso se lleva a cabo la recogida de información, que comienza desde el momento en que los mediados acuden al mediador. Si bien es cierto, que una vez abordado más a fondo al problema, es más fácil conseguir datos e información de los que antes no se disponía.

En esta fase tampoco se toman decisiones, sino que simplemente se intercambia información entre los mediados y el mediador. Se trata de a través del diálogo recabar información para permitir a los mediados llegar a un acuerdo respecto a sus intereses y necesidades. Todo esto con la ayuda del mediador.

- *El acuerdo*: es una de las fases más importante y a la vez complicada de la mediación. En esta fase es necesario que los intereses de las partes estén bien definidos, para poder encontrar una solución al problema que convenga a ambas partes.

El acuerdo será adoptado por las partes, y el mediador lo que hará será recoger por escrito este acuerdo al que han llegado víctima e infractor.

6. LA MEDIACIÓN PENAL Y OTROS TIPOS DE MEDIACIÓN.

Son muchos los autores que diferencian la mediación penal de otras mediaciones, como pueden ser, la mediación familiar, la mediación escolar, la mediación mercantil, etc.

La mediación penal como ya hemos dicho anteriormente, es la principal herramienta de la Justicia Restaurativa.

En cuanto a los sujetos que intervienen en la misma podemos destacar lo siguiente; una de las partes ha cometido un delito (infractor o victimario), y la otra parte, ha sufrido ese delito (víctima). En otras mediaciones las partes se denominan contendientes y se considera que en mayor o menor medida ambas partes contribuyen al conflicto, y por tanto, deben comprometerse para adoptar una solución a ese conflicto⁴³.

En cuanto al método, también es diferente en los diversos modelos de mediación. En la mediación penal, la cual nos atañe en este caso, al acuerdo o solución al conflicto se llega mediante un dialogo entre la víctima y el infractor. El mediador deberá emplear unas técnicas adecuadas a las características singulares de la mediación penal⁴⁴.

En cuanto al objetivo, en la mediación penal se puede señalar que el principal objetivo es la reparación de la víctima o la responsabilización del infractor. Mientras que en otros modelos de mediación, el principal objetivo es conseguir una solución proporcionada al conflicto.

⁴³ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 63

⁴⁴ MARQUES CEBOLA, CÁTIA. *La mediación: Un nuevo instrumento de la Administración de Justicia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 358

7. AMBITO SUBJETIVO DE LA MEDIACIÓN. SUJETOS DE LA MEDIACIÓN.

Los sujetos del proceso de mediación son la víctima, el victimario, y un tercero ajeno al conflicto, el mediador.

Es importante destacar la autonomía de la voluntad de las partes, mediante la cual deciden someterse a este proceso. Es necesario que tanto la víctima como el victimario tengan el debido conocimiento sobre la conveniencia de acudir a este instrumento de resolución de conflictos, y que hayan sido explicadas a ambas partes las ventajas que tendrían si acudiesen a la misma, como pueden ser entre otras: sus principios, la confidencialidad del mediador, la posibilidad de abandonar el proceso en cualquier momento, etc.

Es importante por un lado, que el victimario reconozca los hechos y su participación en los mismos, así como su responsabilidad. Esta persona, el victimario, debe sentirse responsable del daño causado, y como consecuencia, debe de estar dispuesto a reparar o aminorar este daño causado a la víctima. Aunque es conveniente el hecho de que el victimario reconozca los hechos, esto no es un requisito previo exigible.

Por otro lado, la víctima debe mostrar interés en ser reparada, y participar activamente para conseguir una solución al conflicto.

Es perfectamente posible también, que junto a la víctima y el victimario puedan intervenir en el procedimiento de mediación otros sujetos que apoyen o defiendan los intereses de una de las partes, o incluso colectivos cercanos a ambas partes que se vean afectados por la situación.

Finalmente, el último de los sujetos intervinientes en el proceso de mediación es el mediador, que es la persona que interviene y dirige este procedimiento⁴⁵.

⁴⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.352

7.1 La figura del mediador.

El mediador es el tercero neutral, la persona que interviene para facilitar de manera justa e imparcial el proceso, haciendo que las necesidades o intereses de ambas partes queden satisfechos.

Su intervención es decisiva para garantizar la eficacia del procedimiento, y sobre todo, la credibilidad del mismo⁴⁶.

El mediador actúa desde el plano de imparcialidad y neutralidad manejando el proceso comunicacional⁴⁷.

La función del mediador es escuchar a las partes implicadas desde el primer momento, conocer cuál es el problema presente entre ambos, y buscar información para ayudar a los mediados a encontrar alternativas a su problema⁴⁸.

Le corresponde también al mediador definir y delimitar los acuerdos, así como redactar el acuerdo al que finalmente lleguen las partes, y posteriormente, comprobar que dicho acuerdo es cumplido.

7.2 Características del mediador.

Son bastantes las características que presenta la figura del mediador, pero entre las más importantes podemos destacar las siguientes:

- a) *Neutralidad*. El mediador tal y como hemos venido diciendo hasta ahora, es una persona neutral y ajena al problema, cuya finalidad es ayudar a las partes mediadas a resolver el conflicto.
Este participa de forma imparcial en el proceso comunicacional interactuando con las partes y estableciendo cambios en el proceso que faciliten de algún modo el acuerdo final.
- b) *Empatía*. Entendiendo esta como la capacidad de ponerse en el lugar del otro⁴⁹, teniendo en todo momento en cuenta los diferentes puntos de vista de las partes aunque sean distintos unos de otros.
- c) *Flexibilidad*. Es necesario que el mediador tenga disposición al cambio.

⁴⁶ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento....*, op., cit., p. 353.

⁴⁷ SUARES, M “Conversación en mediación”, *Comunicación y técnicas*, Escuela circular narrativa, Paidós, 1996. Texto manuscrito.

⁴⁸ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, p.220

⁴⁹ GORDILLO SANTANA, LUIS F. *La justicia restaurativa y... op., cit., p. 223*

Durante el proceso de mediación las posturas de los mediados cambian, así como sus prejuicios, sus opiniones, su estado de ánimo etc., por lo que el mediador debe tener la flexibilidad suficiente para adaptarse a esos cambios. Lo que hace el mediador es adaptarse al proceso y regularlo para que así las partes puedan establecer acuerdos.

- d) *Creatividad*. El mediador debe de ser creativo a la hora de poder ayudar a las partes en la toma de decisiones para resolver los conflictos. En el proceso de mediación, el mediador debe de contar con una pluralidad de soluciones posibles para orientar a los mediados y ayudarlos a resolver el problema presente entre ambos.
- e) *Escucha activa*. Es necesario que el mediador escuche a las partes para que de este modo se establezca entre ellos un clima de confianza y aceptación.

8. ÁMBITO OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN. INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Una de las cuestiones que más disputas ha generado en el ámbito de la regulación de la mediación penal es el establecimiento de límites a la misma, lo cual nos lleva a plantearnos que conductas pueden o no acordarse en mediación, y en qué condiciones hacerlo.

Acudir a otros ordenamientos jurídicos, o basarnos en diferentes experiencias es más que recomendable para pronunciarnos sobre esta cuestión.

Si nos fijamos en el ordenamiento francés, no existe una lista rígida de infracciones que son susceptibles de mediación penal, aunque si es cierto que existe una clara preferencia de aplicación de la mediación en el ámbito familiar, o en casos de infracciones de menor gravedad.

En Alemania, se ha pretendido que se pueda acudir al TOA⁵⁰, para cualquier tipo de delito, independientemente de su gravedad. Todo ello sin dejar de lado, que en algunos estados federales, mediante normas federales han establecido algunos límites, e insisten en recurrir a la mediación solo en casos de delitos considerados de menor gravedad.

En Estados Unidos se ha admitido que dadas las características particulares de la mediación penal, no tiene en principio sentido establecer una lista en la que se

⁵⁰ “Täter-Opfer-Ausgleich,” cuya traducción textual sería “Autor-Víctima-Compensación”.

excluyan determinadas infracciones penales. Lo más idóneo sería analizar las circunstancias propias de cada caso concreto, sin excluir previamente la mediación en determinados casos.

En el caso de Inglaterra, tampoco existe un elenco cerrado de supuestos en los que es fiable la mediación, lo cual no implica la aceptación de que puedan llevarse a mediación todos los posibles conflictos que puedan surgir como consecuencia de los hechos delictivos⁵¹.

En la mayoría de los países existe un catálogo de los posibles hechos que puedan con mayor asiduidad llevarse a mediación. Esta lista o catálogo de infracciones susceptibles de mediación puede ser de gran ayuda para poder determinar la viabilidad de la mediación en España. No obstante, no debe tratarse de criterios cerrados, sino que se deberá valorar cada caso concreto para poder determinar en qué casos se puede llevar a cabo con mayor facilidad, que casos originan mayor satisfacción de las partes intervinientes, o también, aquellos supuestos en los que en principio, no es recomendable acudir a la mediación penal.

En conclusión, y de acuerdo con lo expuesto por BARONA VILAR, no es necesario, ni aconsejable que se dé un elenco cerrado de infracciones susceptibles de mediación penal, pero si deben de existir determinados criterios de mediabilidad penal⁵², como puede ser por ejemplo, la gravedad del delito, y acompañando a la misma, la violencia en la comisión de los hechos.

Son muchos quienes se posicionan en contra de recurrir a la mediación en casos de delitos graves, pero creo que, en caso de existir voluntad bilateral de las partes, y si las consecuencias que derivasen de la aplicación de dicho mecanismo de resolución de conflictos fueran favorables para las partes, sería bueno y cuanto más aconsejable poder recurrir a la mediación penal.

Una de las cuestiones más polémicas y discutidas por la doctrina es la de si la mediación penal resulta adecuada en el ámbito de la violencia de género y doméstica⁵³.

La Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1994), define violencia de género como “*todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas*

⁵¹ BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 290

⁵² BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento...* op., cit., p. 291.

⁵³ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 179

las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida privada o en la vida pública”, definición que es matizada en el artículo 1.1 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, al establecerse que debemos entender por violencia de género “*la ejercida sobre las mujeres por parte de quienes han sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. La mediación penal en el ámbito de la violencia machista está excluida por el artículo 44.5 de la anteriormente mencionada LO 1/2004. La causa de ello es que existen fundamentalmente dos obstáculos, uno de contenido legal, y otro relativo al ámbito de la relación entre la víctima y el victimario.

En el primero de ellos, hacemos referencia a la obligatoriedad de imposición en este tipo de delitos de la pena accesoria de alejamiento, problema que podría ser resuelto modificando el artículo 57 CP⁵⁴, eliminando el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que se hubiera dado conciliación entre la víctima y el victimario⁵⁵.

El segundo obstáculo, hace alusión a la apreciable desigualdad que pueda existir entre la víctima y el victimario en relación con sus emociones o sentimientos.

⁵⁴ “1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. 2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves.”

⁵⁵ GONZÁLEZ CANO, M^a ISABEL. *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 95

En materia de mediación familiar, esta prohibición se confirma en numerosas disposiciones de la legislación autonómica (art. 2.1 de la Ley 1/2006, de mediación familiar en Castilla y León; art. 11 del Decreto Foral 16/2007 de la Comunidad de Navarra; art. 5.4 de la Ley 1/2008 de Mediación Familiar del País Vasco, entre otras⁵⁶).

Cabe destacar en este aspecto que pese a que la utilización de la mediación penal en el ámbito de la violencia de género está prohibida, en la conclusión décimo tercera del *I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*, se deja abierta la posibilidad de utilización de otros instrumentos de justicia restaurativa en este tipo de delitos, tales como los círculos o las conferencias⁵⁷.

8.1 Posturas a favor de la aplicación de la mediación penal en casos de Violencia de Género.

Autores como LARRARURI PIOJAN, GONZÁLEZ VIDOSA, ESQUINAS VALVERDE y MANZANARES SAMANIEGO, entre otros, defienden la aplicación de la mediación penal en este tipo de delitos.

La idea común de la que parten los defensores de este instrumento de resolución de conflictos, es que no todos los actos de violencia de género son semejantes en cuanto a gravedad, y que la LOMPIVG⁵⁸ establece tal prohibición sin hacer distinción entre unos y otros.

Todos estos autores se posicionan a favor de que se prohíba la mediación únicamente en casos de violencia física grave y regular, en los que la víctima se encuentre en un entorno de incesantes agresiones y no se encuentre en condiciones de defenderse a sí misma o sus intereses.

Tanto en los dos *Congresos Internacionales sobre Justicia Restaurativa y Mediación* celebrados en Burgos en los años 2010 y 2012, como en la *6ª Conferencia bianual del Foro Europeo de Justicia Restaurativa* celebrada en Bilbao en el año 2010, se contempla la posibilidad de aplicación de la mediación en aquellos supuestos de violencia de género de menor gravedad. Su empleo sería

⁵⁶ MARTÍN DIZ, F. *Resolución alternativa de conflictos penales*. Universidad de Salamanca.

⁵⁷ Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal celebrado en Burgos los días 4 y 5 de Marzo del año 2010.

⁵⁸ Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

admisible siempre que se utilicen técnicas adecuadas, con el fin de evitar una doble victimización y falta de seguridad por parte de la mujer- víctima⁵⁹.

De acuerdo con los defensores del empleo de mecanismos de mediación en estos casos, considero que ésta presenta innumerables ventajas, ya que mediante este mecanismo se intenta trabajar con ambas partes (víctima y maltratador), y no importa tanto la imposición de la pena como en el sistema tradicional de justicia, sino que lo primordial es la reparación del daño causado a la víctima, y concienciar al maltratador sobre el daño que ha causado, así como apoyarle y ayudarle para cambiar su comportamiento.

En estos casos la víctima cobra un papel protagonista dentro del proceso, y esto es algo altamente beneficioso, ya que la víctima, al participar más activamente en un proceso de mediación que por la vía penal ordinaria, ayudaría a que sintiese que su opinión es tomada en cuenta, ayudaría también a hacer que esa persona se sienta parte del proceso, y por primera vez sentirse escuchada por su pareja, expresando sus sentimientos respecto al problema acaecido, lo cual haría que la víctima se sintiese más fuerte⁶⁰.

En definitiva, y como hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo, la Justicia Restaurativa se preocupa de la protección de las víctimas y de la rendición de cuentas del infractor⁶¹.

Otro argumento a favor que podríamos añadir, es que la mediación penal permitirá en estos casos una obtención rápida y eficaz de una solución al conflicto, en comparación con llevar el proceso por la vía judicial⁶².

⁵⁹ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 186-198

⁶⁰ MOREIRA GASPARD, T. *Mediación Penal en víctimas de violencia de género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p.81

⁶¹ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 196

⁶² DE SOLÁS CARDEÑA, M. H. *La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género*, Documentos de trabajo social, N° 52, p. 266

8.2 Posturas en contra de la aplicación de la mediación penal en casos de Violencia de Género.

Los delitos de violencia machista son delitos públicos, lo cual quiere decir que, cualquier persona que conozca la existencia del mismo está obligada a denunciar. Precisamente por tratarse de un delito público, muchos son los argumentos que desaconsejan este mecanismo, ya que se temió que al someter a un proceso de mediación este ámbito, se le esté privando al Estado su derecho de intervenir en tales delitos⁶³.

Los argumentos en contra del establecimiento de la mediación penal en los casos de violencia de género o doméstica, se basan esencialmente en el desequilibrio entre las partes⁶⁴.

Como hemos dicho en anteriores apartados, una de las características esenciales para que la mediación pueda darse y resultar eficaz es la igualdad entre las partes, sin embargo, los defensores de esta idea, opinan que en este tipo de delitos existe una clara desigualdad entre el hombre (agresor) y la mujer (víctima), lo cual dificulta el proceso de mediación. Este argumento es defendido entre otros autores por DEL POZO PÉREZ⁶⁵.

Otro de los argumentos que se han utilizado en contra de la implementación de la mediación en este tipo de delitos, es la necesidad de protección de la mujer víctima de violencia de género, ya que es considerado por diversos autores que el proceso de mediación podría suponer un peligro para la seguridad física y psíquica de la víctima.

Finalmente, algunos autores como LAURENZO COPELLO y MAQUEDA ABREU, entienden la mediación en el ámbito de la violencia doméstica, como algo negativo para la víctima, ya que en algunas ocasiones puede generar un sentimiento de culpa en la mujer maltratada al romperse el vínculo familiar, y solamente resultar beneficioso para el maltratador al provocar en este un sentimiento de “liberación”.

⁶³ GONZÁLEZ SERRANO, M. *La mediación penal y su posible aplicación en supuestos de violencia de género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, p. 28

⁶⁴ ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 59 y sig

⁶⁵ DEL POZO PÉREZ, M. “¿Es adecuada la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la ley orgánica 1/2004?”, *Mediación en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p.283-324

9. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

No existe una ley específica que regule la mediación a nivel nacional, únicamente disponemos de normativa en el ámbito civil, mercantil y laboral. Existen algunas leyes autonómicas que se encargan de la regulación en materia de mediación familiar.

En nuestro derecho español apenas existen referencias a la mediación penal. Desde la Unión Europea se ha impuesto a los países miembros la obligación de impulsar el uso de los procesos de mediación, en primer lugar, a través de una Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, y más recientemente con la Directiva 2012/29/UE sobre los derechos, apoyo y protección a las víctimas del delito. En el año 2017, no contamos aun en España con una ley específica en materia de mediación penal.

Es necesario en este sentido que hagamos una distinción entre el proceso penal de menores y el proceso penal de adultos.

9.1 La mediación penal en el ámbito de los menores.

Según lo expuesto por CÁMARA ARROYO, la justicia penal juvenil es el escenario idóneo para introducir los diferentes mecanismos de reparación que defiende el sistema de Justicia Restaurativa.

La mediación en los casos de menores es una práctica usual en los países europeos, que han ido ajustando sus legislaciones a las demandas y sugerencias de la normativa europea y de las Naciones Unidas⁶⁶. Aunque si bien es cierto, debemos destacar, que la mediación penal se encuentra mucho más consolidada en otros países de Europa que en España.

En cuanto a la legislación, en España contábamos con la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948, hasta que con la publicación de la Ley Organica4/92 de 5 de Junio queda regulada la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores. Con posterioridad a esta ley, se publicó la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero en la que se regula la responsabilidad penal de los menores. En esta ley del Menor se introdujo por primera vez en la legislación española los principios de Justicia

⁶⁶ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 152

Reparadora⁶⁷. En esta ley la pretensión principal es la reeducación del menor infractor, pretendiendo responsabilizarlo de los hechos realizados, pero no se da todavía en esta ley a la víctima el protagonismo que merece, ya que en lo que se centra es en la reeducación y resocialización del menor infractor⁶⁸.

La mediación penal en el ámbito de los menores se puede dar en dos momentos:

- a) *Antes de la condena, durante la fase de instrucción del procedimiento.* Es en este momento en el que se intenta dar más protagonismo a la víctima, de manera que el menor que ha cometido la infracción debe de pedir disculpas a la víctima, la cual debe aceptar las mismas para que la conciliación tenga efecto, o también lo que puede hacer el menor es comprometerse con la víctima a realizar determinadas actividades socio-educativas, que tendría que llevar a cabo de manera positiva en beneficio de la comunidad⁶⁹.

Lo más frecuente es que el procedimiento de mediación tenga lugar antes de la comparecencia del menor ante el juez, normalmente a través de un encuentro entre el menor infractor y la víctima⁷⁰.

La conciliación aquí supone el reconocimiento del daño causado y la petición de disculpas por parte del menor a la víctima y su aceptación por esta⁷¹.

Por otra parte, la ley del menor establece una limitación de la mediación penal en la fase de instrucción del expediente, y es que ésta exclusivamente será aceptada ante hechos constitutivos de delitos menos graves o faltas⁷². Este es uno de los aspectos en los que la doctrina ha aplicado sus críticas, ya que una amplia parte de la doctrina considera que la exclusión de los delitos graves del artículo 19 debe de ser suprimida, dando lugar a la introducción de todo tipo de delitos, con independencia de su gravedad.

- b) *Después de la condena, durante la fase de ejecución.* Se le concede al Juez de Menores la capacidad de dejar sin efecto la medida impuesta mediante conciliación entre el menor infractor y la víctima. Se trata de dejar sin efecto las

⁶⁷ MARTINEZ SOTO, TAMARA. *Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del Menor. Estudio comparativo con Reino Unido*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº1, 2011. ISSN-e 1989-3892, p.20

⁶⁸ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 153

⁶⁹ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 154

⁷⁰ CLEMENTE, ESTEBAN y LÓPEZ LATORRE, M^a JESUS, *Programas de mediación en el ámbito penal juvenil*. Boletín criminológico nº21, Febrero 2001, p. 4.

⁷¹ CRUZ MÁRQUEZ, B *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*. Revista electrónica de ciencia penal y criminológica 7, 2005, p.5

⁷² Artículo 19-1º último párrafo. “El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta” (tras la entrada en vigor de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, habrá de entenderse “delito leve” en lugar de “falta”, de acuerdo a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda).

medidas adoptadas mediante la conciliación o reemplazarlas por otras que estime más apropiadas el juez.

En la fase de ejecución, a diferencia de lo que ocurre en la fase de instrucción, no existe la restricción impuesta para los delitos más graves.

La mediación penal de menores se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, integrado en el procedimiento judicial⁷³.

Cabe destacar, que en la práctica los niveles de reincidencia de los menores infractores que se someten a mediación son muy bajos, algo que es muy positivo tanto para los propios menores, como para la víctima y con ello para la sociedad en su conjunto.

9.2 La mediación penal en el ámbito de la justicia para adultos.

En el ámbito de la Justicia para adultos existe una regulación en la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y por la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito.

Hasta la entrada en vigor de estas leyes, se había hecho en diferentes ocasiones referencia a la mediación penal entre adultos para prohibirla de manera expresa en aquellos casos de violencia doméstica y de género tal como hemos dicho en el apartado anterior, cuestión que fue criticada más adelante por diferentes autores⁷⁴.

Con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001, referente al Estatuto de la víctima en el proceso penal, surgía la necesidad de integrar la mediación penal al Derecho Penal para adultos como medio de resolución de conflictos. Necesidad que posteriormente quedó ratificada con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de Octubre de 2012⁷⁵.

Para que sea posible la introducción de la Mediación Penal en el proceso penal español, es necesario que se realicen diversos cambios en las leyes españolas, tanto penales como procesales, que ya se han ido realizando en mayor o menor medida.

En el año 2011, se presentó el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual en lo referido a la Mediación establecía que sería el Ministerio Fiscal el

⁷³ TORRADO TARRÍO, C *Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos*. Santiago de Compostela, 2014, p.85

⁷⁴ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 161

⁷⁵ CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación...* op., cit., p.161

encargado de fomentar la obtención de una solución reparadora a través de mecanismos de resolución de conflictos como es la Mediación.

En la fase de juicio oral, será el Tribunal de Enjuiciamiento quien puede someter el proceso a mediación cuando lo hayan solicitado las partes, con la aplicación de atenuante del daño en la sentencia en el caso de que la Mediación resultase positiva o satisfactoria⁷⁶.

En el año 2013 se presentó un Proyecto de Código Procesal, en el que también se hace referencia a la Mediación, concibiéndola en este caso como un mecanismo de solución del conflicto, de carácter voluntario, entre infractor y víctima *“que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación”*⁷⁷

En el año 2015 fue publicada la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, a través de la cual se modificaba la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015, la cual alude a la mediación, progresando en diferentes sentidos, entre los cuales cabe destacar lo siguiente: se recoge de manera expresa el término “mediación” en el Código Penal; se centra en la reparación del daño a la víctima otorgándola mayores efectos; y por último, introduce el Principio de Oportunidad, en la fase de instrucción, y solamente para aquellos delitos, que por su gravedad son considerados leves. No obstante, también hay que destacar que esta ley no hace referencia a la mejora de la posición del papel de la víctima en el proceso.

El único acicate que ha podido tener el legislador ha sido, la reducción de trabajo que se ha experimentado en juzgados y tribunales a través de la reducción de la litigiosidad, prevaleciendo el principio de intervención mínima, ya que la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo suprime las faltas.

Cabe destacar también el Estatuto de la víctima del delito, regulado por la Ley 4/2015 de 27 de Abril, el cual entró en vigor el 28 de Octubre de 2015, y que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Estatuto en cuanto a la mediación penal, considera como un derecho a la víctima, la posibilidad de acceder a la Justicia Restaurativa. Reconoce también que la finalidad de dicha mediación es conseguir una reparación tanto moral como material para la víctima. Todo esto, sin perjudicar en ningún momento los derechos de los que es titular el infractor.

⁷⁶ CANO SOLER, M^a ANGELES. La mediación... op., cit., p. 162

⁷⁷ Título Preliminar, pág. 21. Libro II, Título VI, artículos 143 a 146.

Se ponen de manifiesto también en este Estatuto las condiciones que han de darse para que pueda someterse el procedimiento a mediación, y estas condiciones o exigencias son las siguientes:

- *Libertad de intervención en el proceso.* Tanto la víctima como el infractor deben manifestar su consentimiento de someter el caso a mediación.
En el caso de la víctima, debe de haber recibido anteriormente al consentimiento, información completa y objetiva sobre los posibles resultados del procedimiento de mediación.
En el caso del infractor, es necesario que haya reconocido los hechos de los cuales se le considera responsable.
- En lo referente a *la infracción penal cometida*, es necesario que la mediación penal le esté permitida.
- En cuando al *procedimiento de mediación*, no será posible llevarlo a cabo en todos aquellos casos que puedan suponer un riesgo para la seguridad de la víctima. En este estatuto se menciona expresamente algunas de las características de la mediación, tales como: ausencia de riesgo para la víctima, voluntariedad, y confidencialidad de los debates, es decir, los mediadores que participen en el procedimiento estarán sujetos al secreto profesional.

10. MEDIACIÓN Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Se entiende el principio de oportunidad como una herramienta que hará posible la racionalización de la persecución penal y el descongestionamiento de la Administración de Justicia.

No obstante, para poder entender con la mayor precisión posible el principio de oportunidad, es necesario que hagamos alusión al concepto del mismo.

No existe al igual que ocurría con la mediación, un concepto único del principio de oportunidad, pero siguiendo a LANZAROTE MARTINEZ⁷⁸ podemos definirlo como “*aquel en virtud del cual se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al Ministerio Fiscal, la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinados presupuestos y requisitos legalmente establecidos*”.

Otra definición que podríamos tener en cuenta es la plasmada en la Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y que entiende el principio de oportunidad como “*la facultad de renunciar a la iniciativa de un procedimiento penal o*

⁷⁸ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº3, 1996

de poner término al ya iniciado”. Se trataría pues de un concepto que se presenta como una alternativa o excepción al principio de legalidad, que afecta sobre todo a la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal⁷⁹.

En lo que respecta a la actuación del Fiscal, este principio se opone, más que al principio de legalidad, al denominado “principio de indisponibilidad o irrenunciabilidad” de la acción penal⁸⁰.

En la antes mencionada Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se propone recurrir al principio de oportunidad para agilizar el ejercicio de la acción penal, ya que este podría resultar ser un gran avance para solucionar la lentitud de nuestro sistema judicial.

Esta opción u oportunidad de poder agilizar la justicia penal⁸¹ tendría innumerables ventajas para ambas partes (víctima y victimario). En cuanto a la víctima, no se tardaría tanto tiempo en resolver el conflicto por lo que su reparación sería más fácil y rápida que mediante el sistema de justicia penal tradicional.

En cuanto al agresor es incluso mejor y más importante que el conflicto se resuelva mediante esta vía, ya que en este tipo de mecanismos se profundiza más en analizar cuál es el motivo por el que el agresor ha actuado de ese modo. Mediante este tipo de procesos se pueden incluso conseguir que el agresor se someta de manera voluntaria a un proceso de rehabilitación, por ejemplo en casos de infractores con problemas de drogodependencia, alcoholismo, etc.; Incluso el infractor puede llegar a admitir la infracción que ha cometido, y puede por tanto resocializarse, cosa que bajo mi punto de vista es lo más importante, para así ayudar a prevenir posibles conflictos del mismo tipo, y también que esa persona pese a haber cometido un delito no se le tache de por vida, y pueda continuar con la vida que tenía anteriormente.

Sin embargo, el principio de oportunidad también tiene ciertas limitaciones, las cuales podemos observar en el punto quinto de la antes citada Recomendación: *“que debe inspirarse en la igualdad y en la individualización de la justicia penal y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que pudiera imponerse; los efectos de la condena sobre el denunciado y, la situación de la víctima”*.

⁷⁹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991

⁸⁰ Art. 105 LECrim

⁸¹ GIMENO SENDRA, V. Procedimientos penales simplificados, en Jornadas sobre la Justicia Penal, Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas, 2010, p. 34

En definitiva, el principio de oportunidad y la mediación son alternativas altamente ventajosas en nuestros días, por lo que pienso que deberían estar implantadas y desarrolladas plenamente en nuestro sistema actual de justicia, siempre y cuando se encuentren bajo tutela judicial efectiva de jueces y tribunales⁸².

11. CONCLUSIONES

Con este trabajo he intentado hacer un repaso de la evolución de los conflictos en nuestra sociedad y de la importancia que está demostrando tener la mediación como principal herramienta de la Justicia Restaurativa.

Nuestro actual sistema judicial ha mostrado muchas carencias en cuanto a la reparación y resolución de conflictos, basada más en la visión competitiva enquistada en el tradicional sistema de justicia, que en ser un método eficaz de progreso y cooperación, debido a que se encuentra separado de una visión más humana y personalizada a la particularidad de cada caso.

No tiene mucho sentido a día de hoy, mantener, algunos tipos de resolución de conflictos clásicos, desfasados, desiguales y atascados. La mediación está demostrando en sistemas internacionales y nacionales (dentro de donde se deja actuar) que es muy eficaz no de modo sustitutivo, sino complementario al sistema tradicional de justicia. Pero como muchas veces pasa, al final, tenemos un sistema de justicia poco renovado y clásico, poco adaptado y preparado para la velocidad de los cambios que sufre nuestra agitada vida global, basado en el ganar y perder y no en la igualdad. A esto, también hay que sumar la facilidad que tenemos de acomodarnos a lo que nos ofrecen y al miedo que procesamos hacia lo extraño u ajeno.

Pero lo que se está consiguiendo en muchas partes, invita al optimismo ya que en el horizonte podemos vislumbrar muchos rayos que iluminan y dan calor a modelos de justicia más humanos y solidarios, que nos permitan conquistar un mundo mejor, más justo y más humano, y esto es solo el principio. Tenemos que seguir mejorando, actualizando y asentando las bases de la justicia restaurativa, por y para todos, como profesionales del derecho y del cambio que somos.

⁸² MOREIRA GASPARD, T. *Mediación Penal en víctimas de violencia de género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p.43

12. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- BARONA VILAR, S. *Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial, en la Mediación*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN, Coquimbo, vol.18- nº1, 2011.
- BARONA VILAR, S. *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BERDUGO, I. “Curso de Derecho Penal, Parte General, Experiencia”, Salamanca, Diciembre 2004.
- BOVINO, A. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*.
- CANO SOLER, M^a ANGELES. *La mediación penal*. Aranzadi, Navarra, 2015.
- CLEMENTE, ESTEBAN y LÓPEZ LATORRE, M^a JESUS, *Programas de mediación en el ámbito penal juvenil*. Boletín criminológico nº21, Febrero 2001.
- COBB, S. *La mediación como una forma especial de negociación frente al conflicto: aspectos sistémicos y cibernéticos*, 2001.
- CRUZ MÁRQUEZ, BEATRIZ *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*. Revista electrónica de ciencia penal y criminológica 7, 2005.
- DE SOLÁS CARDEÑA, M. H. *La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género*, Documentos de trabajo social, Nº 52.
- DEL POZO PÉREZ, M. “¿Es adecuada la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la ley orgánica 1/2004?”, *Mediación en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. *El reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad*, Diario la Ley, nº 6520, 6 de Julio de 2006.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V. *Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa*. Bilbao, 2010.
- ESQUINAS VALVERDE, P. *La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España*, Revista penal nº18. Editorial Praxis, Barcelona, 2006.
- ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- GIMENO SENDRA, V. Procedimientos penales simplificados, en Jornadas sobre la Justicia Penal, Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas, 2010
- GONZÁLEZ CANO, M^a ISABEL. *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- GONZÁLEZ CANO, I. “La mediación penal en España”, dentro de la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- GONZÁLEZ SERRANO, M. *La mediación penal y su posible aplicación en supuestos de violencia de género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016
- GORDILLO SANTANA LUIS F. “Caminando hacia un nuevo concepto de Justicia” *La mediación penal*. Tesis doctoral 22 de septiembre de 2005, Universidad de La Rioja
- GORDILLO SANTANA, L., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- HAYNES, J. *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia, Madrid, 1995.
- JOHNSTONE, G. *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, Routledge, Second Edition, Abigdon, Oxon 2011.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P. “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº3, 1996.
- LARRAURI, E. *Tendencias actuales de la Justicia Restauradora*.
- MARQUES CEBOLA, CÁTIA. *La mediación: Un nuevo instrumento de la Administración de Justicia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.
- MARTÍN DIZ, F. *Resolución alternativa de conflictos penales*. Universidad de Salamanca.
- MARTINEZ SOTO, TAMARA. *Mediación Penal y su implantación en España: Ámbito de la responsabilidad del Menor. Estudio comparativo con Reino Unido*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº1.
- MERINO ORTIZ, C. *Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo*, Eguzkilo, Nº 12, 1998.
- MOREIRA GASPAR, T. *Mediación Penal en víctimas de violencia de género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I. *Mediación Penal: una alternativa que funciona*, en XVII Congreso de estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible, Vitoria-Gasteiz, 2012.

PALOU I LOVERDOS, J. La mediación como sistema de resolución de alternativa de conflictos. Una nueva visión del conflicto. 1^{er} Congreso de mediación comunitaria, El Prat de Llobregat (Barcelona), 2000.

PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012.

SAN MARTIN LARRINOA, M.B. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico- criminológicos: del presente francés al futuro español*

SUARES, M “Conversación en mediación”, *Comunicación y técnicas*, Escuela circular narrativa, Paidós, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J.M. *El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.1, junio 2013.

TARDÓN OLMOS, M. *El estatuto jurídico de la víctima*, Revista Cuadernos de Pensamiento político nº19, Editorial Fundación para el análisis y los estudios sociales (FAES), 2008.

TORRADO TARRÍO, C *Mediación en el derecho penal de menores: nuevas realidades, nuevos retos*. Santiago de Compostela, 2014

WEBGRAFÍA:

- Conclusiones del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal: dimensiones teóricas y repercusiones prácticas. Servicios de Mediación Penal de Castilla y León (Burgos). Burgos, 2010.
- Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania.
<http://www.ceej.es/pdf/Catalina.pdf>

LEGISLACIÓN:

- Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011)
- Código penal
- Constitución española (1978)
- Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001)
- Decreto Foral 16/2007 de la Comunidad de Navarra
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen norma mínimas sobre los derechos, apoyo y protección a las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo (2012).
- Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla y León
- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio sobre la reforma de la ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los juzgados de menores (Vigente hasta el 13 de Enero de 2001).
- Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.
- Recomendación 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa
- Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1994).